

القانون الذي يحكم موضوع التزاع في التحكيم التجاري
والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم
(دراسة في ضوء مشروع القانون الإتحادي لسنة ٢٠٠٦
في شأن التحكيم في المنازعات التجارية)

أ.د. عكاشة محمد عبدالعال

نائب رئيس جامعة الإسكندرية
جمهورية مصر العربية

هذه الدراسة تبحث في أمرين :

الأول: تطبيق الحكم أو الهيئة التحكيمية للقانون الذي اختاره أطراف التحكيم
ليحكم أساس (موضوع) التزاع (القسم الأول).
الثاني: الأثر المترتب على عدم التزام هيئة التحكيم بهذا الاختيار.

القسم الأول

الالتزام الحكم بتطبيق القواعد التي اختارها
أطراف التحكيم لتحكم أساس التزاع

النص القانوني:

تنص المادة ٤٣ من مشروع القانون الإتحادي لسنة ٢٠٠٦ في شأن التحكيم في
المنازعات التجارية على أنه:

"١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع التزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان.
وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد

الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- وإذا اتفق الطرفان على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على موضوع الزراع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالزراعة.

٣- على هيئة التحكيم -عند الفصل في موضوع الزراع- أن تراعي شروط العقد محل الزراع والأعراف التجارية في نوع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

٤- يجوز ل الهيئة التحكيم -إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع الزراع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

هذا النص يقابله في القانون المقارن نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ونص المادة ٨١٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تنص على أنه "يفصل الحكم في الزراع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتمد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية". كما يقابل كذلك الإجراءات نص المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ونص المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١. هذا النص الذي اعتمد المشروع الإتحادي لدولة الإمارات مأخوذه من القانون النموذجي الذي وضعه الأنسيلرال سنة ١٩٨٥.

ويظهر من النص السابق أن المشروع الإتحادي يكسر مبدأ حرية الفرقاء في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع الزراع باعتبار ما لهما من سلطان في تحديد حقوقهما والالتزامهما والتصريف فيها. فإذا تختلف هذا الاختيار فإنه

يكون هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالنزاع، ما لم يكن الأمر متعلقاً بما يسمى التحكيم بالصلح (التحكيم المطلق) حيث يكون هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون. للإيضاح نعرض مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع (مطلوب أول) ثم نبين الحد الذي تقف عنده حرية الاختيار هذا (مطلوب ثان).

المطلب الأول

حرية طرف التحكيم في اختيار "القواعد" التي تحكم موضوع النزاع

المبدأ: هو إعطاء الأولوية لقانون الإرادة في هذا الشأن. وتفسير ذلك بسيط : إن نظام التحكيم في مجمله يستمد وجوده من إتفاق الأطراف على اللجوء إليه. ومن قراءة نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري يتضح أن :

هيئة التحكيم "تطبق". إن في ذلك إلزاماً لها وإلزاماً عليها.

- وأن أطراف التحكيم يختارونه" القواعد Les regles التي تطبق على موضوع النزاع.
- القانون الفرنسي واللبناني يقولان بأن الحكم "يفصل" في النزاع طبقاً "للقواعد القانونية" *Tranche conformément aux regles juridiques*.

والواقع أنه لا فارق بين القوانين سواء من حيث إلزام الحكم، أو من حيث إلزام المخل أو الموضوع الذي ينصب عليه الاختيار، أو من حيث نطاق حرية الاختيار التي يتمتع بها الأطراف.

معالجة هذه المسألة تقتضي أن نعرض موضوع الاختيار (أولاً) وللإشكاليات التي يشيرها هذا الإختيار (ثانياً).

أولاً : موضوع الاختيار:

Objet du choix

إن إصطلاح "القواعد" الذي قال به المشرع المصري يسمح باختيار واسع أمام الفرقاء: فقد يختارون دولة معينة *un droit etatique*، كما قد يختارون قاعدة من القواعد المسمى القواعد "عبر الدولية" *transnationales des regles*، أو ما يجري العمل على تسميتها بقواعد التجارة الدولية *La lex mercatoria*.

(أ) اختيار قواعد منتمية لقانون دولة معينة :

قبل تحديد مدى حرية الأفراد في اختيار قاعدة عائدة لقانون دولة معينة ثمة إيضاحان لازمان :

الإيضاح الأول :

حينما نقول إن للفرقاء أن يختاروا قانون دولة معينة وليكن القانون اللبناني مثلاً، فإن ذلك يعني تقييد الحكم بهذا القانون بكل قواعده وفقاً لمصادره وبالترتيب أو التسلسل المقرر فيه. للكشف عن ذلك يكون على الحكم أن يرجع في هذا التحديد إلى نص المادتين الثانية والرابعة من قانون أصول المحاكمات اللبناني. المادة الثانية تقول: "على المحاكم أن تقييد بمبدأ تسلسل القواعد، وعند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تنتقد في مجال التطبيق الأولى على الثانية". أما المادة الرابعة فإنها تلزم القاضي بأن يطبق النصوص التشريعية، وعند إنتفاء النص يعتمد المبادئ العامة والعرف والإنصاف.

الإيضاح الثاني :

عندما يختار الأطراف للانطباق قانون دولة تتعدد فيه الشائع كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة مثلاً، فإن تحديد المقصود بالقانون المختار قد يحتاج إلى تفسير يتعين على الحكم أن يجريه. وفي ذلك نميز بين فرض ثلاثة:

- ١ - لا مشكلة في الفرض حيث يختار الأطراف قانون دولة فيدرالية تتعدد فيها الشرائع تعددًا إقليميًّا ويكون قانون هذه الدولة واحدًا بالنسبة لجميع الولايات كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني في سويسرا. فيكفي عندئذ أن يختار الفرقاء تطبيق "القانون المدني السويسري على موضوع نزاعهم". ولا يختلف حتى ولو قالوا بتطبيق قانون إحدى المقاطعات طالما أن القانون الذي يطبق على جميع الأقاليم واحد.
- ٢ - لا مشكلة كذلك في الفرض الذي يختار فيه الفرقاء قانون إحدى الولايات تحديدًا للانطباق، لأن يختاروا مثلاً تطبيق قانون ولاية نيفادا في الولايات المتحدة الأمريكية على عقدهم الدولي.
- ٣ - المشكلة تبدو في الفرض الثالث والأخير والذي فيه تختلف القوانين المعمول بها من ولاية إلى أخرى، إن من حيث المضمون أو من حيث مصادر القاعدة، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، ويكون الفرقاء قد اختاروا للحكم تطبيق القانون الأمريكي". فماذا يكون المقصود بهذا القانون؟ إن تحديد المقصود بالقانون الأمريكي في هذه الحالة يحتاج إلى تفسير لإرادة الأطراف، تفسير يجريه الحكم. إن عليه أن يطرح المسألة للنقاش بين أطراف العلاقة احترامًا لمبدأ الوجاهية بينهم باعتباره من المبادئ الأساسية التي تحكم سير الخصومة أمام الحكم والقاضي على السواء.

بعد هذين الإيضاحين نقول أن حرية الأطراف في اختيار القواعد العائدة لقانون دولة معينة هي حرية واسعة قد تنصب :

- أ - على قانون داخلي لدولة معينة، أي القواعد المادية أو الموضوعية فيه. مثال ذلك أن يتفق الأطراف على تطبيق قواعد القانون المدني المصري الخاصة بعقد الضمان (التأمين) أو بعقد البيع.

ب- قد تكون القواعد المختارة هي عبارة عن قاعدة تنازع القوانين الخاصة بمسألة معينة في قانون إحدى الدول. ففي منازعة متعلقة بعقد قرض دولي مثلاً ليس هناك ما يمنع الفرقاء من أن يتفقوا على إخضاع أهلية التعاقد لقانون جنسية الشخص أو لقانون المواطن بحسب الأحوال، وإخضاع مرور الزمن (القادم) لقانون موطن المدين.

المشروع الإتحادي في دولة الإمارات صرخ بهذا المعنى في المادة ١/٤١ عندما قرر أمرير:

الأول: أنه إذا اتفق أطراف التحكيم على تطبيق قانون دولة معينة فإنه يعين على الحكم تطبيق القواعد الموضوعية (المادية) في هذا القانون.

الثاني: يطبق الحكم قواعد التنازع في هذا القانون المختار إذا اتفق أطراف التحكيم على ذلك.

ج- وقد تكون هذه القواعد عبارة عن المبادئ العامة للقانون المعمول بها في دولة معينة. يستوي في ذلك أن تكون هذه المبادئ متعلقة بصحة الاتفاques أو بتفسيرها، أو بتنفيذها.

مثال ذلك أن يتفق الأطراف في خصوص تحكيم دولي يجري في دولة الإمارات العربية على تطبيق المبادئ العامة الواردة في القانون اللبناني، وهي مجموعة من المبادئ الكلية المستقلة من القواعد العامة في القانون الفرنسي دون نص عليها.

د- كما يمكن للفرقاء الاتفاق على أن يفصل الحكم في التزاع طبقاً لعدة قواعد مستمدة من أكثر من قانون وطني، أو من قانون وطني وقواعد قانونية أخرى. وعندئذ يختار الأطراف أكثر من قانون لحكم مختلف جوانب العلاقة. وفي هذه الحالة يقال بأن ثمة تجزئة أو تفريقاً لجوانب العلاقة *depecage* يخضع كل جانب

منها لقانون معين.

ففي إمكان الفرقاء مثلاً أن يخضعوا الجوانب المتعلقة بإنشاء الرابطة العقدية الدولية لقانون معين وتلك المتعلقة بالآثار لقانون آخر. إن في هذا الحال، ورغم ما قد يؤدي إليه من صعوبات عملية، لا غبار عليه من الوجهة القانونية فيسما لو اختاره الفرقاء وألزموا به الحكم. إنه حل لا معقب عليه لا من الحكم ولا من القضاء بعده. إذا لم يتقييد به الحكم فإنه يكون قد خرج عن القانون الذي اتفق على تطبيقه علي موضوع التزاع مع ما يترتب علي ذلك من آثار.

إن مبدأ اختيار أكثر من قاعدة قانونية من أكثر من قانون حكم مختلف جوانب التزاع هو حل يختلف عن فرضين، الاختيار أيضاً فيما صحيح لا غبار عليه، وهما :

(١) الفرض الذي يجري فيه الفرقاء تبعياً لهذا الاختيار، معنى أنهم يختارون ضمن القانون الواحد بعض قواعده دون البعض الآخر.

مثال ذلك أن يختار الأطراف من القانون المصري الأحكام التي ترعى عقد البيع الدولي مستبعدين منها القواعد التي تنظم الشرط الجرائي أو تلك المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة إعادة النظر في العقد.

(٢) الفرض الذي يتفق فيه الفرقاء علي تطبيق المبادئ المشتركة بين عدة قوانين، في هذا الفرض يتعين علي الحكمين أن يجرروا تحليلاً مقارناً بين القوانين المراد تطبيق المبادئ المشتركة بينهما، وبين هذه القوانين وحدها لاستنباط هذه المبادئ.

والسؤال: هل يشترط في القانون المختار أن يكون علي اتصال بالعلاقة؟

أثارت هذه المسألة جدلاً في الفقه والقضاء التقليدي بالنسبة لمسألة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية، أما في مجال التحكيم فإن الرأي منعقد علي أنه لا يشترط أن يكون القانون الذي اختاره الفرقاء علي اتصال بالمنازعة. فيمكن لهم أن يختاروا

قانوناً محايداً لا صلة له بالعقد ذاته أو بأطرافه. و الحال كذلك، فإنه لا معنى على هذا الاختيار المحايد لا من هيئة التحكيم أو من القضاء من بعدها. فليس لهيئة التحكيم أن تستبعد القانون المختار بحجة عدم ارتباطه بالعلاقة. وهذا السبب نلاحظ في مجال التحكيم الدولي أن الفرقاء كثيراً ما يختارون القانون السويسري أو السويدي لحكم العقود المبرمة بين الدول العربية والصين الشعبية أو روسيا بصفة خاصة. ويرجع اختيار قانون محايد عادة إلى اعتبارات قانونية وسياسية. في ضوء ذلك نرى أنه من المناسب بالنسبة للتحكيمات التي يكون أحد أطرافها عربياً - سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً - فقد يكون من الأنسب اختيار القانون الإماراتي أو المصري. الأول باعتباره من القوانين ذات التأثير الواضح بالشريعة الإسلامية، والثاني باعتباره نموذجاً حاكمه كثير من التشريعات العربية.

ب- اختيار قواعد لا تنتمي لدولة معينة، قواعد مستوحاة من التعامل التجاري أو

ما يُسمى قواعد Lex Mercatoria

فيتمكن للفرقاء أن يختاروا قواعد لا تنتمي لقانون دولة معينة فيخضعون نزاعهم لقواعد عبر دولية transnationales، وهو ما يُسمى بقواعد التجارة الدولية transnationalLa lex mercatoria

ولا شك أن هذا الحل يفرضه نص المادة ٤١ من المشروع الإتحادي بما كرسه من حرية واسعة للفرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق بقوله "طبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها الطرفان". الحرية ذاتها قائمة في القانونين الفرنسي والبنياني باستخدامهما تعبير "القواعد القانونية".

فكلمة "القواعد" من العمومية والإطلاق بحيث تستوعب اتفاق الفرقاء على تطبيق قواعد العقود النموذجية المنظمة للتعامل في نوع السلعة أو الخدمة محل

التعاقد، داخلية كانت أو دولية، أو اتفاقيهم على تطبيق القواعد والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية.

هذا الحل يجمع عليه الفقه ويجد قبولاً لدى المحكمين. لكن ما المقصود بهذه القواعد؟

يقولون :

- إنما القواعد" المعمول بها في أوساط التجارة الدولية وكذا مجموعة الأعراف والعادات التي يتواءر سلوك التجار على اتباعها في ميدان العلاقات الدولية".

- إنما قواعد ضابطة للمعاملات الدولية، ولا تنتمي إلى نظام أو آخر بعينه من النظم القانونية الوطنية، وإنما تقوم إلى جانبها واستقلالها عنها.

- إنما قواعد لا تستند قوتها المألزمة وكفالة احترامها لسلطان الدولة، أي دولة، وإنما تستند لسلطان كيان آخر يمثل مجتمع الدول، تستند لحاجات المعاملات الدولية وإرادة أطرافها أنفسهم وسلطان هيئة التحكيم التي تقييمها هذه الإرادة ذاتها للفصل في المنازعات الناشئة عنها.

ويستخدم أطراف التحكيم في التجارة الدولية اصطلاحات عديدة للتعبير عن قانون التجارة الدولية، الذي يرغبون في إخضاع عقدتهم الدولي لأحكامه ومن ذلك القواعد عبر الدولية، المبادئ المشتركة بين عدة نظم قانونية، المبادئ العامة في القانون الدولي أو القانون الأساسي، أو القانون المشترك للأمم.

ومن جانبنا لا ننكر وجود هذه القواعد التجارية الدولية، ونرى أنها فقط تحتاج إلى ضبط لتحديدتها حتى لا يخضع التحديد "للمزاج القانوني للمحكم" وحتى لا تتحول المسألة إلى "فرض قانون القوي على الضعيف".

وعليه إذا كان ثمة شرط اختاره الفرقاء يقضي بتطبيق قواعد التجارة الدولية

علي الزراع المطروح، فإنه يتعين، كما يقول البعض، على المحكمين الفرقاء ومستشاريهم أن يبادروا بمجرد قيام نزاع بتحديد مضمون القواعد الواجبة التطبيق على الزراع.

ومن كل ما تقدم يظهر أن الحرية المتاحة للفرقاء في اختيار القانون الذي يحكم أساس الزراع، حرية واسعة، متنوعة، يمكن المزج بين مفرادتها. وهذه الحرية على أية حال لا ترتعج لعدة الأسباب :

- فمسار التحكيم في جملته مخلوق إرادي، صنعته إرادة الفرقاء وأوجدهم وضبطت حدوده. وما حرية الفرقاء في اختيار القانون الذي يحكم الزراع سوى حلقة في هذه المنظومة.

- ثم إن التشريعات الوضعية تذهب إلى أبعد من ذلك حين تعطي لأطراف التحكيم إمكانية تعيين محكم مطلق أو محكم بالعدل والإنصاف (محكم بالصلاح)، بما تتيحه تلك الحرية من إمكانية العدول عن تطبيق قواعد القانون.

- إلى ذلك فإن هذه الحرية مقيدة ببراءة قيود: مراعاة النظام العام الدولي وما يسمى قوانين البوليس *Loi de police* ، سواء أكانت جزءاً من القانون الذي اختاره الرفقاء أو جزءاً من قانون دولة التنفيذ كما سنرى.

- هذه الحرية يجب المشرعون الالتزام بها من قبل المحكم، ويرتبون على الخروج عليها آثاراً شديدة الوطأة تقدم منظومة التحكيم من أساسها : بطلان القرار التحكيمي.

ثانياً : الإشكاليات التي يشيرها هذا الاختيار
ثمة بعض مسائل تحتاج إلى إيضاح يطرحها أطراف ل القانون الذي يحكم
أساس الزراع:

(١) المسألة الأولى: هل يسري نص المادة ٤١/١ من المشروع الإتحادي على التحكيم الدولي والداخلي أم أن إعماله قاصر على التحكيم الدولي؟

سبب طرح هذا السؤال: هو أن مشروع قانون التحكيم الإتحادي لسنة ٢٠٠٦ يسري على نوعي التحكيم الدولي والداخلي. فهو لم يضع قواعد خاصة بالتحكيم الداخلي وأخرى للتحكيم الدولي كما فعلت كثير من التشريعات كالفرنسي واللبناني.

ومن البديهي أنه إذا كانت العلاقة محل التزاع وطنية في كافة عناصرها، فلا يكون لهيئة التحكيم أن تطبق قانوناً أجنبياً عليها وإنما يتبع عليها بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني.

واستطراداً لهذا المعنى، لا يكون لهيئة التحكيم أن تطبق على العلاقة الوطنية الحالصة القواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية، كعرف سائد في هذا الميدان، أو مبدأ عام معتمد فيها، أو عقد نموذجي معمول به في مجالها، إذا كانت هذه القواعد تخالف أحكام القانون الوطني. فطالما أن على هيئة التحكيم أن تعتمد القانون الوطني وحده بالنسبة للعلاقات الداخلية، فإنه يكون عليها إتباع المصادر المعترف بها في هذا القانون والإلتزام بالترتيب المقرر لها.

لكن ماذا عن اختيار الفرقاء لقانون أجنبى أو قاعدة قانونية أجنبية لحكم علاقتهم الوطنية؟ هل ينطبق نص المادة ٤١/١ في مادة التحكيم الداخلي فيما لو رأى هذا المشروع التور كقانون نافذ في الدولة؟

في تقديرنا أن هذا النص يواجه وحسب التحكيم الدولي، أما التحكيم الداخلي -وكما رأينا- فيتقيد فيه الحكم حتماً بتطبيق قواعد القانون الوطني للعلاقة. ويبقى من بعد ذلك أن من حق الفرقاء اختيار قانون أو عرف أجنبى معين لحكم علاقتهم

الداخلية. ويبقى لهذا الاختيار وصف الشروط أو البند التعاقدية التي يكون إعمالها مشروطاً بعدم مخالفتها للقواعد الامرة في القانون الداخلي، أي للقواعد المتعلقة بالنظام العام فيه، وإلا كانت باطلة. إن هذا وحده هو الذي يؤكّد سلطان القانون الوطني ويحفظ له احترامه. فاعطاء الفرقاء في معاملة داخلية الحق في اختيار القواعد الموضوعية في قانون أجنبي، لا يخرج عن حدود الحق الذي يخوله لهم القانون الوطني ذاته في إعمال تنظيم آخر غير التنظيم الذي تقدمه القواعد المكملة فيه.

المسألة الثانية: خاصة بكيفية اختيار أطراف التحكيم للقواعد القانونية التي تطبقها

هيئة التحكيم :

تنص المادة ١/٤١ من المشروع الاتحادي على أن هيئة التحكيم تطبق القواعد التي "يتافق عليها الطرفان" فكيف يتم هذا الاتفاق؟ هل يتعين أن يكون صريحاً أم يمكن أن يكون ضمنياً كذلك؟

يذهب رأي في الفقه المصري إلى أن "المقصود باتفاق الطرفين على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق هو الاتفاق الصريح ، أو في القليل المستفاد من نصوص العقد ذاتها. فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح و مباشر على اختيار قانون معين، ولم تكن هناك دلالة عليه من نصوص العقد ذاتها، فلا محل لتلمس إرادة ضمنية لهما في الاختيار من خلال بعض المؤشرات أو القرائن العرضية، كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ولغته ومصطلحاته. فالأمر ليس مجرد إسناد إلى قانون ما وإنما هو أمر تبن مباشرة لقواعد الموضوعية، على نحو يتطلب أن تكون هذه القواعد محل تفكير من الطرفين يتوجه الاختيار الواضح للقانون الذي يتضمنها" . ويضيف صاحب هذا الرأي أنه "ليس هناك من مبرر للإتجاء إلى الإرادة الضمنية أو المفترضة في ظل تخيّل هيئة التحكيم ذاتها سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس

موضوعي".

أن يكون اختيار القانون الذي يحكم موضوع الزراع صريحاً، قال به أيضاً جانب من الفقه في القانونين الفرنسي واللبناني. وحجتهم في ذلك أن إرغام المحكمين على البحث والتقصي عن الاختيار الضمني للفرقاء يؤدي إلى نتائج غير منطقية من شأنه أن يعطى سلطة الاختيار الشخصي التي أولاها القانون للمحكمين. إلى ذلك فإن هذا الاختيار الضمني قد لا يكون دقيقاً معتبراً عن الإرادة الحقيقة للفرقاء. ونعتقد أن الاختيار أو الاتفاق الذي يتكلم عنه المشرع هنا قد يكون صريحاً، كما قد يكون ضمنياً للأسباب الآتية:

أ- فيما أن هناك اختياراً، أو أنه لا يوجد ثمة اختيار بالمرة. في حالة الاختيار أو الاتفاق قد يتم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً. فليس ثمة ما يحول من أن يستقرى المحكمون من السلوك المتبادل أو الموقف المشترك للفرقاء وجود اتفاق ضمني على تطبيق قانون أجنبي معين، كأن يتناضل الفريقان في الدعوى ويحتاجان على أساس قانون معين ومن غير أن يكون ثمة اتفاق صريح سابق على تطبيقه.

ب- لو أراد المشرع قصر الأمر على الاتفاق الصريح ما أعياه السبيل ولنص على ذلك صراحة، كما فعل في مسألة التحكيم المطلق بقوله "يجوز لجنة التحكيم إذا اتفق طرف التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع الزراع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

ج- لا يصح القول بما قيل به من أنه ليس هناك من مبرر للالتجاء إلى الإرادة الضمنية أو المفترضة في ظل تخويل هيئة التحكيم ذاتها سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس موضوعي" لا يصح ذلك لسبب بسيط وهو أن عدم تطبيق الحكم للقانون الذي اختاره الفرقاء صراحة أو ضمنياً يفتح باب الطعن على

حكم التحكيم وفقاً لنص المادة ١/٥٧ من المشروع الاتحادي كما سترى.

د - ثم إنه ليس صحيحاً ما قيل به من أن تكليف الحكم بالبحث عن الاختيار الضمني يعطّل: سلطة الاختيار الشخصي المباشر التي ولها القانون للمحكمين". فهذا القول داحض. فسلطة الاختيار المخولة للمحكّم لا تعطل، إنما قائمة ومفروضة وإنما تبدأ حيث ينعدم الاختيار صريحاً كان أو ضمنياً.

ه - وأخيراً فإنه لا يصح القول بأن إلتزام المحكم بالنقضي عن وجود الاختيار الضمني من أطراف التحكيم يؤدي إلى "تحديد غير دقيق" لهذا الاختيار. فهذا القول بدوره غير دقيق.

فالاختيار الضمني هو اختيار من الفرقاء له شواهد ودلائل. يكشف عنه المحكم أو القاضي في ضوء هذه الشواهد. إن ثمة إلتزاماً على عاتق المحكم عندما يقدر أن قانوناً معيناً قد اختير بصورة ضمنية : عليه أن يضع ذلك موضع مناقشة بين الفرقاء حتى يمكّهم تحديد الاختيار بصورة جلية واضحة لا لبس فيها. بل إن مناقشة هذا القانون واجبة حتى ولو كان الاختيار صريحاً.

طرح مسألة الاختيار الضمني للمناقشة أمر ضروري، وإلا انفتح باب الطعن على قرار المحكم بالبطلان لسبب آخر هو عدم احترام مبدأ الوجاهية أو عدم احترام حقوق الدفاع أو وجود بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

طرح المسألة للمناقشة مسألة ضرورية للأسباب الآتية :

- إنها وسيلة للكشف عن الاختيار الصحيح الذي أراده الفرقاء. وفي ذلك احترام لإرادتهم التي هي في جوهرها مصدر اختصاص الحكم.
- تستتبع تجنب الفرقاء تطبيق حل لم يتوقعوه، ولم يريدوه. فيجب البحث عن حل يحمي توقعات الأطراف.

- هي وسيلة لضبط الاختيار المقصود من الفرقاء، ومن ثم عدم فتح الباب للطعن بالبطلان على القرار التحكيمي لهذا السبب.

المسألة الثالثة : وهي خاصة بالوقت الذي يتعين أن يتم فيه الاختيار :
في هذا الخصوص يُبرُز إضاحان :

الأول : أن اتفاق الفرقاء على تطبيق قانون معين قد يتحدد وقت الاتفاق على شرط التحكيم، أو في أي وقت آخر أو بعد نشوء الزَّانع *La naissance du litige*. فقد يحدده الفرقاء وقت إبرام العقد التحكيمي (المشارطة) أو وقت وضع وثيقة المهمة *L'acte de mission*.

الثاني : إذا اختار الفرقاء قانون دولة معينة، فإنه يقصد بذلك القانون النافذ فيها وقت وقوع الاختيار. فإذا أصَّاب قواعده تعديل أو تغيير لاحق، فلا وجه للأخذ بهذا التعديل أو التغيير لأنَّ إرادتهما لم تصرف إليه، مما يجعل الأخذ به مخالفًا لوقعهما. ويتقرر هذا الحل في المنازعات الدولية أمام الحكم دون حاجة لإجراء ما يسمى "شرط تثبيت الاختصاص التشريعي" *"Clause de gel de la loi applicable"*.
هذا ومن الظاهري أنه يمكن للفرقاء أن يتفقوا على خلاف ذلك بأن يعتدو بالقانون المختار بالحالة التي يكون عليها بتاريخ الزَّانع.

المسألة الرابعة: خاصة بالفرض الذي يحوي فيه القانون الواجب التطبيق حكمًا متعلقًا بالنظام العام يخالف شروط العقد :

يسُتَنَتَّجُ من نص المادة ٤١/١ من المشروع الإتحادي ما يأتي :
- الحكم ملزم باحترام اختيار أطراف التحكيم في هذا الشأن. فالصيغة التي جاء عليها نص المادة ٤١/١ هي صيغة آمرة *"Une formule imperative"* تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها الطرفان.

- ليس للمحكم أن يقدر *n'a pas a apprécier* صحة هذا الاختيار وسلامته *son bien-fondé* . فليس عليه إلا احترامه والإلتزام به.

والسؤال الذي يطرح نفسه :

إذا تضمن القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الفرقاء حكماً متعلقاً بالنظام العام تناقضه الإشتراطات التعاقدية التي في عقدهم، فكيف يمكن التوفيق بين إلتزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الفرقاء (في المادة ٤١/٢) وما يقول به الفقرة (٣) من ذات النص من أنه "علي هيئة التحكيم - عند الفصل في موضوع التزاع - أن تراعي شروط العقد محل التزاع.

هل يمكن القول بأن المحكم لا يعتد بشروط العقد إلا إذا كانت صحيحة وفقاً للقانون الذي اختاره الفرقاء؟ هل يجب إعمال شروط العقد ولو كانت باطلة طبقاً للقانون الواجب التطبيق؟

الواقع من الأمر أن الشروط التعاقدية المتضمنة في العقد والقانون المختار من قبل الأطراف كلاهما من صنع إرادة الفرقاء. فنحن نعلم أن إرادة الفرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هي بلا حدود مطلقة : تختار قانوناً معيناً يعود لدولة من الدول، أو قاعدة أو مبدأ عاماً لا ينتمي إلى أي دولة، تجمع بين هذا وذاك، ما تختاره ليس مفروضاً فيه أن يكون على اتصال بالعلاقة... إلخ.

في هذا الإطار الواسع من الحرية، يمكنهم أن يستبعدوا من القانون المختار القواعد التي تبطل شروط العقد، بهذه إرادتهم و يجب احترامها، المسألة فقط تحتاج إلى تحديد.

إن التنازع بين الشروط العقدية والنظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف يحسمه الحكم الدولي في ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

وعلي ذلك :

– إذا نص العقد مثلاً في أحد شروطه علي أن " كافة المسائل التي ينظمها العقد

يحكمها القانون اللبناني " Pour toutes les questions non reglees dans le

فإن معنى ذلك، أنه يجب على الحكم contrat la loi libanaise sera applicable

– طبقاً لهذا الشرط – أن يراعي شروط العقد ولو كانت باطلة بمقتضى النظام العام

اللبناني.

– علي النقيض من ذلك الوضع بالنسبة للشروط الواردة في العقد الذي ينص

علي أن هذا "العقد يحكمه القانون اللبناني". أن هذا الشرط يعني تطبيق القانون

اللبناني وإعماله بما فيه من قواعد تعتبر من النظام العام.

فإذا كان هناك شرط باطل بمقتضى النظام العام اللبناني، فإنه يتبع على الحكم

استبعاده واحترام مقتضيات النظام العام في القانون الواجب التطبيق. فهنا يوجد

نوع من التدرج بين القانون اللبناني وشروط العقد.

تطبيقاً لذلك :

في القضية التحكيمية رقم ٢١١٩ عن ١٩٧٨ C.C.I لسنة رأت الهيئة التحكيمية

أن الشرط الوارد في العقد والذي يقتضاه يتم "تنفيذ العقد وتفسيره طبقاً للقانون

الفرنسي" إنما يعني إعمال شروط العقد مباشرة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع

القواعد الآمرة في القانون الفرنسي. في عبارة أخرى حيث يتبع تنفيذ العقد طبقاً

"ل القانون دولة معينة"، فإنه لا يتصور تنفيذه وفقاً للأحكام المعتبرة مخالفة للنظام العام

فيه.

المطلب الثاني

مدى الحرية التي يتمتع بها الفرقاء في اختيار

القانون الذي يحكم موضوع التزاع

الأمر مستقر في قضاء التحكيم على أن حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون المذكور ليست مطلقة، وإنما هي حرية مقيدة بقواعد النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، أو بالنظام العام عبر الدول، وكذلك التقييد بما يسمى بقواعد البوليس والأمن المدني . *Loi de police et surete civile*

هذا إجمال يعززه بيان :

أولاً: حرية أطراف التحكيم مقيدة في اختيارها للقانون الذي يحكم موضوع التزاع بالقواعد المعتبرة من النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي *L'ordre public veritablement international*

ثُم إن من المسلم به أَم لِيْس لِلْمَحْكُوم قَانُون خَاص بِه يلتزم بتطبيقه نزولاً على أمر من مشرع دولة معينة، إنه قاض خاص نصبه أطراف التحكيم للقيام بمهمة معينة ومحددة يفصل فيها بقرار ملزم.

إنه في ذلك يختلف عن قاضي الدولة. فهذا الأخير له قانونه الذي حدد له قواعد التزاع التي يلتزم بتطبيقها، قواعد ثنائية الجانب في الأصل، تقود إلى ما يسمى بالقفر في المجهول أو الظلم على حد تعبير الفقه الألماني. ولذلك إذا كان هذا القانون مخالفاً للنظام العام الدولي – وهو مختلف عن النظام العام الداخلي – وجب استبعاده. ويسمى النظام العام في هذه الحالة بالنظام الاستبعادي. وعندئذ يتم استبعاد القانون الواجب التطبيق على التزاع والذي أشارت إليه قاعدة التنازع ويتم محل القانون المستبعد على ما هو راجح في التشريعات وفي القضاء والفقه في القانون

المقارن.

النظام العام الذي يقيد الأطراف في اختيارهم للقانون الذي يحكم أساس التزاع أمام الحكم ليس هو النظام العام الاستبعادي بطبيعة الحال. فمضمون النظام العام – بمعناه في القانون الدولي الخاص – ذو طابع وطني، كما أنه مضمون يتحدد بالنظر إلى قانون دولة القاضي وهو ما يضفي عليه الطابع النسبي. ولما كان هذا النظام العام يحمي مجموعة القواعد الأساسية في قانون القاضي، كان من الطبيعي أن تكون مهمة القاضي هي السهر على حماية هذا النظام العام بالعمل على استبعاد القانون الأجنبي الذي يخالفه.

هذا المفهوم وبهذا التحديد لا يطرح أمام الحكم : فهو ليس له قانون مفروض عليه ولا يوجد له نظام عام خاص يسهر على حماية المفاهيم الوطنية المحددة له.

إن النظام العام الذي نتكلم عنه أمام الحكم هو النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي بوصفه "مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها أكثريية الأمم المتحضرة، أي التي تشكل قاسماً مشتركاً بين أكبر عدد ممكن من الدول". أو هو "النظام العام المشترك بين الأمم المتقدمة والذي يتعين على الجميع (جميع الدول) احترامه ومن يخرج عليه يجد نفسه خارج الجماعة القانونية التي هي أساس القانون الدولي الخاص".

ويعد من قبل النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي القواعد التي تحرم الفساد المتمثل في الرشوة والعمولات غير المشروعة والقوانين المتعلقة بمكافحة تبييض الأموال غير المشروعة والقوانين التي تحمي الآثار باعتبارها تراثاً عاماً للبشرية والقوانين المتعلقة بحماية البيئة باعتبارها إطاراً مشتركاً للبشرية، والقواعد التي تحظر التمييز العنصري.

هذه الأصول والمبادئ التي تشكل جوهر النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي تجد مصدرها، إما في الأدوات التشريعية الدولية، كالمعاهدات والاتفاقيات الدولية

من ناحية والإعلانات والتوصيات والقرارات الدولية من ناحية أخرى، وإما في مجرد الممارسات والأعراف الدولية.

الخلاصة: النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي أو العالمي يمثل قياداً على حرية الفرقاء في اختيارهم للقانون الذي يحكم أساس التزاع طبقاً للمادة ١/٤١ من مشروع قانون التحكيم الاتحادي لسنة ٢٠٠٦ في دولة الإمارات العربية المتحدة.

ثانياً : تطبيق قوانين البوليس المرتبطة بالعلاقة ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء :

يقصد بقوانين البوليس ذات التطبيق الضروري أو المباشر مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حداً يحول دون دخولها في منافسة القوانين الأجنبية، ويعين من ثم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص. إنما قواعد تمييز بحتمية تطبيقها تطبيقاً مباشراً على كافة العلاقات الداخلية في مجال تطبيقها، كالقوانين المتعلقة بالتسعير الجري والقوانين الضابطة لحرية المنافسة والقواعد المتعلقة بحماية الائتمان العام والرقابة على النقد والقوانين الجمركية.

ويسلم الفقه والقضاء وهو ما تأخذ به بعض التشريعات، في نطاق تنازع القوانين في العقود الدولية بأن القاضي الوطني يطبق قواعد البوليس في الحالات الآتية:

- إذا كانت شقاً من القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الفرقاء متى لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي في قانون القاضي.

- إذا لم تكن شقاً من القانون الواجب التطبيق متى كانت ثمة صلة جدية تربطها بالمنازعة المطروحة.

مثال للإيضاح :

عملية مصرافية دولية ولتكن قرضاً بين عميل مصرى وفرع لبنك أجنبى مقره في باريس بينما مقره الفرعى في القاهرة. اتفق على تطبيق القانون الفرنسي على العملية، في هذا المثال يكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق أمام القضاء المصرى بما فيه من قواعد تعتبر من قوانين البوليس متى لم يكن فيها ما يخالف النظام العام المصرى.

إذا افترضنا أن مبلغ القرض سيتم تحويله لاستثماره في لبنان، فهل يلتزم القاضي المصري ببراءة قوانين البوليس في القانون اللبناني مثل قواعد الرقابة على النقد والقواعد المتعلقة بالحصول على إذن أو ترخيص من جهة الإدارة رغم أنم هذا القانون غير مختص بمقتضى قاعدة النازع في القانون المصري؟.

إن الإجابة على ذلك بالإيجاب ما كان ثمة رابطة جدية أو وثيقة بين المنازعة وقوانين البوليس المقررة في القانون اللبناني رغم أنها ليست جزءاً من القانون الواجب التطبيق، فلاشك أن ثمة رابطة حجية متحققة في المثال المذكور بين الرابطة العقدية والقانون اللبناني.

هذا الحال أخذت به المادة (٧) من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، والمادة (١٦) من معاهدة لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة، والمادة (١٨) من القانون السويسري الجديد، والمادة (٣٧٩) من القانون المدني في "الكيك" الصادر في ١٨/١٢/١٩٩١.

والسؤال الذي يثور في مجال التحكيم : هل يلتزم الحكم بتطبيق قوانين البوليس ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء؟

نلاحظ في هذا الفرض أمرين :

- ليس للمحكمة قانون خاص به بعكس قاضي الدولة.
- كافة قوانين البوليس التي تطرح أمام الحكم هي قوانين " أجنبية " بالنسبة له.

يبقى أن الإجابة عن السؤال المتقدم تتطلب فروض ثلاثة :

الفرض الأول : لا مشكلة إذا كانت قوانين البوليس جزءاً من النظام القانوني الذي اختاره الفرقاء بشرط ألا تخالف النظام العام الدولي الحقيقي الذي لا يملك الحكم ولا الفرقاء الخروج على مقتضاه.

فلو كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة يقرر أحكاماً أساسها التمييز العنصري بسبب اختلاف اللون أو الدين أو الجنس فإن الحكم يمتنع عن تطبيق هذه القواعد رغم أنها تعد شقاً من القانون الذي اختاره الفرقاء ليحكم أساس الزراع.

الفرض الثاني : أن تكون القواعد المعتبرة من قوانين البوليس جزءاً من نظام قانوني غير النظام الذي اختاره الفرقاء.

مثال للإيضاح :

منح بنك سويسري قرضاً بالدولار الأمريكي إلى شركة برتغالية اتفق الفرقاء على أن العقد يحكمه القانون الإنجليزي وعلى أن يتم التحكيم في القاهرة. تقاعست الشركة البرتغالية عن دفع مبلغ القرض في الميعاد المحدد بحجة أنها لم تستطع الحصول من السلطات البرتغالية المعنية بمسألة الرقابة على الصرف على التصريح اللازم لعملية التحويل *L'autorisation de transfert nécessaire*.

السؤال: هل يتعين على الحكم أو هل يمكنه أن يعتد بقوانين البوليس البرتغالية التي تمسك بها المدين المقترض رغم أن العقد يخضع للقانون الإنجليزي ؟ هل يعتد الحكم بالقانون البرتغالي بوصفه عنصراً من عناصر تقدير سوء أو حسن نية المقترض إن تقاعس عن الوفاء بما عليه في الوقت المحدد ؟

في هذا المثال يظهر لنا ما يأبى :

- المدين المقترض البرتغالي الجنسية أثار مسألة رفض السلطات البرتغالية منحه

التصريح بالتحويل ليبرر تفاسره عن الوفاء بما عليه من إلتزامات.

- إنه لم يطلب تطبيق قوانين البوليس في القانون البرتغالي، وإنما يطلب فقطأخذ هذه القوانين في الاعتبارات على الرغم من أن عقد القرض يحكمه القانون الإنجليزي، وذلك بهدف ترتيب النتائج القانونية طبقاً للقانون الإنجليزي الواجب التطبيق على العلاقة للوقوف على مدى حسن نيته أو سوءها.

في هذه الحالة وأمثالها يقرر الفقه أن الحكم يأخذ في الاعتبار قوانين البوليس الأجنبية بوصفها واقعة يرتب عليها آثاراً قانونية معينة في ضوء القانون الواجب التطبيق ذاته.

الفرض الثالث : وفيه يطبق الحكم قوانين البوليس بوصفها قانوناً لا واقعة مع أنها ليست جزءاً من القانون الواجب التطبيق على العلاقة.

فلو تصورنا مثلاً أن هناك مؤسستين إحداهما إيطالية وألمانية اتفقنا على إخضاع عقد هما للقانون السويسري وأن تكون "جنيف" هي مقر التحكيم. هذا التعاقد مخالف لقوانين المنافسة التي تفرضها اتفاقية روما والمعتبرة من قبل قوانين البوليس في كل من القانونين الألماني والإيطالي.

في هذا الفرض يذهب اتجاه نؤيده إلى أنه يعتد بقوانين البوليس متى كانت هذه القوانين جزءاً من النظام القانوني الذي سيتم فيه تنفيذ القرار التحكيمي، وكان بالإمكان تفسير نية الفرقاء على أنهم لا يستبعدون تطبيق هذا القانون. وكذا نجد في هذا الفرض أن قوانين البوليس في دولة تنفيذ القرار تكون قابلة للتطبيق أمام الحكم ما دام القانون الذي يتضمنها على صلة بالمنازعة، ولم يكن في تطبيقها إخلال بتوقعات أطراف العلاقة.

القسم الثاني

الأثر المترتب على عدم تطبيق الحكم

للقانون الذي اختاره الفرقاء

النص :

تنص المادة ١/٥٧ د من مشروع قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي لسنة ٢٠٠٦ على قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إذا استبعد "تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع التزاع".

إن السؤال الذي يطرح: هل كل مخالفة لهذا الالتزام الواقع على عاتق الحكم تؤدي إلى بطلان القرار التحكيمي؟

للإجابة ثمة إيضاحات أولية يجب إبرازها، كما أن هناك تطبيقات واضحة يترتب فيها على مخالفة الحكم للالتزام الواقع على عاتقه أن يكون القرار التحكيمي باطلًا.

أولاً: إيضاحات أولية يجب إبرازها :

للإجابة على السؤال المتقدم يتبعن إبراز الإيضاحات التالية :

أولاً: نعرف أن التحكيم عدالة خاصة تجد مصدرها في العقد المبرم بين أطراف التحكيم والحكم، عدالة مؤداها العهدة لهذا الأخير بجسم نزاعاتهم. فالحكم لا يستمد ولايته من سلطان دولة معينة، ولذلك لا يفصل باسم سيادة أية دولة. فليس للحكم الدولي نظام قانوني خاص به *Il n'a pas de for* يخضع له ويلتزم باحترام قواعده والمدعاة عنها والمهتم بها.

ثانياً: إن الالتزام بالحكم بتطبيق القانون الذي حدد له الأطراف ليس مصدره وظيفته، وإنما هو مستمد من المهمة التي أوكلها إياه أطراف التحكيم. فإن أطراف التحكيم عندئذ تكون هي مصدر اختصاصه. ولذلك فإن الحكم ملزم باحترام

التحديد الذي قررته إرادة أو مشيئة أطراف التحكيم في هذا الشأن.

ثالثاً: إن سلطات الحكم عند تطبيق وتفسيير القانون الذي اختاره الفرقاء ليحكم أساس الزراع هي سلطات أضيق من تلك التي يتمتع بها قاضي الدولة. إنما محدوده بالقدر الذي أراد لها فيه أن تطبق أطراف عملية التحكيم. إنه يطبق هذا القانون بوصفه une donnee معطي من المعطيات، مسلمة من المسلمين، أمراً واقعاً، إنه يقوم بعملية تسجيل لمضمونه.

رابعاً : إذا ظهرت هيئة التحكيم أن القانون الذي اختاره الأطراف يتضمن نصوصاً أو أحكاماً يؤدي تطبيقها إلى بطلان النصرف الأصلي المنشئ لعلاقة الطرفين، فما م-di قابلية هذه النصوص والأحكام للتطبيق على الزاع المعروض، وما م-di إمكان الحكم ببطلان النصرف المنشئ لعلاقة ؟

لقد رأينا أنه في الحالة التي يختار فيه الفرقاء القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القانون المختار يكون بمثابة شروط تعاقدية ملحقة بالعقد. ومن غير المعقول منطقاً أن تنتصر نية الأطراف إلى هدم التصرف الذي أقاماه بإرادتهم.

خامساً : إن الحكم وهو بقصد تطبيقه للقانون الذي حدده له الفرقاء لا يستطيع أن يعطي لها تفسيراً مغايراً لذلك المعتمد في الدولة التي يعود إليها هذا القانون المختار. إنه يتقييد كذلك في وصفه لهذه القواعد بالتقسيم المعتمد لها في النظام القانوني الذي تنتهي إليه. كذلك - وكما رأينا - فإن الحكم يطبق هذه القواعد بالحالة التي تكون عليها وقت اختيارها.

سادساً: إن هذه القواعد التي يختارها الفرقاء "تندمج" في الاتفاق الذي وقعه أطراف التحكيم، وعلى ذلك إذا كان الأطراف قد اختاروا قانون دولة معينة للإنطابق فإن هذا القانون يفقد خاصية جوهريّة كانت له وهي كونه نظاماً له قوته

الآمرة أو المكملة التي تضفيها عليه السلطة العامة ليصير من بعد ذلك قاعدة قانونية تستمد إلزمها وقوتها من إرادة أطراف التحكيم. يترتب على ذلك نتيجة هامة وأساسية : القانون الذي يختاره الأطراف يبقى "مجدداً" *gelee* كمارأينا بحث ينطبق بحاله التي يكون عليها وقت الاختيار. الحال كذلك فإن القواعد القانونية التي يختارها الأطراف تندمج *Les regles posees par cette loi seraient incorporees* في اتفاقية التحكيم وتصبح بمثابة شروط تعاقدية وتلزم المحكم بهذه الصفة. وفي ذلك كله يختلف الوضع عن الفرض الذي يطبق فيه القاضي قانون الإرادة - بوصفه قاعدة تنازع - على العقود الدولية. إذ يحتفظ القانون الذي تحدده قاعدة التزاع بصفته القانونية تلك مع ما يترتب على ذلك من آثار.

نتيجة لذلك كله : أن عدم تطبيق هذا القانون المختار بالحالة التي يكون عليها وقت الاختيار فيه خروج عن حدود المهمة المكلف بها المحكم في القانون الإماري، وعدم تطبيق للقانون الذي اختاره الأطراف وهو الأمر الذي يستتبع بطلان القرار التحكيمي.

ثانياً : التطبيقات الواضحة التي تفتح باب الطعن بالبطلان على القرار التحكيمي

ولا تشير جدلاً :

- ١ - إذا طبق المحكمون قانون دولة أخرى غير ذلك الذي اختاره الفرقاء.
- ٢ - إذا طبق المحكمون قواعد تنتهي لقانون التجارة الدولية *des regles transnationales* (قواعد عبر دولية) متتجاهلين بذلك القانون العائد لدولة معينة والذي اختاره الفرقاء. وفي ذلك يبدو الاختلاف واضحاً بين حكم هذه الحالة والحالة التي لا يتفق فيها الفرقاء على تطبيق قانون معين، ويطبق المحكم قواعد التجارة الدولية، بحيث لا يمكن في هذه الحالة الأخيرة الطعن بالبطلان. هذا الحل

أكده في وضوح وجلاء محكمة التمييز الفرنسية في حكم لها في ١٩٩١/١٢٢ . السبب في ذلك ببساطة يرجع إلى أنه عندما لا يختار الفرقاء القانون الواجب التطبيق، فإن مهمة المحكم تنحصر في ضرورة الفصل في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية الملائمة، وهو ما لا يتطلب بالضرورة أن يفصل فيها وفقاً لقانون وطني معين.

٣- أن يلزم الفرقاء المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون معين فإذا به يطبق قواعد التزاع فيه. مثال ذلك أن يتلقوا على تطبيق القانون الفرنسي في خصوص منازعة تحكمية متعلقة بتعويض أساسه المسئولية التقصيرية فإذا بالمحكم يطبق قواعد التنازع في هذا القانون التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار.

٤- تتحقق المخالفة ويكون القرار قابلاً للطعن بالبطلان إذا أعرض المحكم عن تطبيق القانون الذي حدده له الفرقاء وفصل في التزاع بوصفه محكماً مطلقاً (محكم بالصلح). أما إذا كان محكماً مطلقاً (بالصلح) وفصل في التزاع طبقاً لقانون معين فلا مشكلة في الأمر متى ظهر من حكمه أن تطبيقه لهذا القانون كان لما قدره فيه من أن قواعده تحقق العدالة والإنصاف.

٥- لكن ماذا لو اشترط الفرقاء على المحكم أن يفصل في نزاعهم طبقاً لقواعد التجارة الدولية، أو ما يسمى بالقواعد عبر الدولية، فإذا به يفصل في التزاع طبقاً لقواعد المعامل بها في قانون في دولة معينة وحسب؟ هل يخالف المحكم بذلك حكم المادة ١/٥٧ د وبحيث يمكن الطعن بالبطلان على هذا القرار التحكيمي؟

يري البعض في الفقه الفرنسي أن هذا الحل من جانب المحكم قد يؤدي من الناحية النظرية إلى القول بخروجه عن حدود المهمة الموكلة إليه، خرج عنها من

زاوية أنه لم يطبق القانون الذي اختاره الفرقاء، ومن ثم يكون قراره قابلاً للطعن عليه بالبطلان أو محلاً لعدم الاعتراف به أو تنفيذه. ومع ذلك فإنه قد يتعدر إعمال هذه النتيجة من الوجهة العملية.

مرد ذلك ببساطة يرجع إلى أن حرية التقدير الواسعة التي يتمتع بها الحكم في تحديد مضمون هذه القواعد يكون من نتيجتها عادة عدم المساس بحكم التحكيم الذي قد يفصل في التزاع بالاستناد لقانون معين لاستخلاص أو استنباط القواعد عبر الدولية.

يقى أن نبرز بوضوح أمورين :

الأول : أن من المسلم به في مسائل التحكيم الدولي أن محكمة الاستئناف لا تملك مراجعة موضوع القرار المطروح أمامها. فالخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق على موضوع التزاع أو الخطأ في تقدير الواقع لا تعد بذاتها أسباباً لإبطال القرار أو رفض تنفيذه ما لم يستتبع ذلك خرقاً لمقتضيات النظام العام الدولي في دولة القاضي المرفوعة دعوى البطلان أمام محكمه أو المطلوب إليه الاعتراف بالقرار التحكيمي أو الأمر التنفيذي.

الثاني : إن احتمال أن يخرج الحكم على القانون المختار هذا عياناً جهاراً وبصورة واضحة مسألة لا يتصور حدوثها كثيراً إنما يأتي الخروج من خلال منافذ أخرى مختلفة كأن يخرج الحكم عن المعنى الواضح الصريح لنصوص القانون المقدمة في الدعوى أو يخطىء في الوصف فيكونه نتيجة ذلك تطبيق قواعد غير تلك التي أرادها الفرقاء، فإلي أي مدى ينفتح باب الطعن بالبطلان في هذه الحالات وأمثالها؟ بيان ذلك يتطلب البحث في مسألة التشويه ومسألة الوصف القانوني الخاطئ من قبل الحكم وحكم الاستبعاد الجزئي للقانون الذي يختاره الفرقاء بسبب تطبيقه لقوانين

البوليس التي ليست جزءاً من القانون المختار. إن هذه المسائل الثلاث تستحق المناقشة.

(١) مسألة التشويه أو المسخ :

تفترض هذه المسألة أن الفرقاء قد قدموا القانون الواجب التطبيق المتفق عليه بينهما وأن هذا القانون قد وضع موضع المناقشة ولكن الحكم فسره تفسيراً عصف به فخرج عن المعنى الواضح الصريح لضمونه، فهل يمكن الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي لهذا السبب؟

والسؤال: ماذا لو أن الحكم شوه اتفاق الفرقاء الذي قيدوه فيه بتطبيق قانون معين وأعطاه معنى غير معناه أو شوه المعنى الواضح الجلي لنصوص هذا القانون الذي قدم إليه حيث كانت النتيجة متساوية تماماً لعدم تطبيقه والإطاحة به بصورة غير مباشرة؟

جانب في الفقه والقضاء الفرنسي يذهب إلى أن تشويه الواقع والمستندات والأعمال القانونية الذي يقترفه الحكم في قراره لا ينطوي على مخالفة لقاعدة متعلقة بالنظام العام ولا يستتبع من ثم إبطال القرار التحكيمي.

حججة هذا الاتجاه تكمن في أن مراقبة التشويه أو المسخ قد تجر إلى إعادة النظر في القرار التحكيمي وهو ما لا يصح بل هو من نوع علي الحكم. محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١٩٩٣/١٢/٢ آمنت بهذا الاتجاه لذلك رأت أن محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح القانون حينما قالت بأن تشويه الوثائق التعاقدية من قبل المحكمين لا يمثل مخالفة هؤلاء للالتزام الواقع على عاتقهم بالفصل في الزراع في حدود المهمة الموكولة إليهم.

جانب آخر من الشرح يعارض هذا الحل ويرى أن تشويه الحكم للقانون الذي

اختاره الفرقاء ينطوي على تجاوز منه لحدود المهمة المعينة له. فالتشویه يقع - كما يقول الأستاذ إريك لو كان - عندما يعصف الحكم بالشروط الواضحة الصريحة وبالمستندات والواقع المقدمة في المنازعة التحكيمية وهو الأمر الذي يعني في الواقع أن الحكم يستبدل الالتزامات التي ارتبط بها الفرقاء بالتزام آخر مختلف، وهو ما يعني بدوره أنه _ أي الحكم - قد تجاوز المهمة الموكولة إليه والتي توجب عليه تطبيق ما قررته إرادة الطرفين الحقيقية. صحيح أن مثل هذه المخالفه يمكن التمسك بها في طعن يرمي إلى احترام حقوق الدفاع بالمعنى الواسع، إلا أنه يمكن اعتبار التشویه - بما ينطوي عليه من تعسف من جانب الحكم واستناداً إلى الطابع التعاقدى للتحكيم - خروجاً على حدود المهمة التي ألزمته بها الفرقاء.

حكم المسألة في ظل المشروع الإتحادي لدولة الإمارات (م ١/٥٧ د) :

ذكرنا أن الحكم ملزم بآعمال القانون أو القواعد التي ألزمته بها الفرقاء للفصل في موضوع التزام. إنما قواعد تدمج في اتفاق التحكيم وتصير جزءاً منه وأي تشویه لها من قبل الحكم يشكل منه خروجاً على هذا الاتفاق.

والتشویه الذي نقصده في موضوعنا هذا هو الذي يكون من نتيجته إحلال قاعدة محل أخرى مغايرة لتلك التي اختارها الفرقاء تؤدي إلى إحلال التزام مغاير لذلك الذي ارتبط به أطراف التحكيم وألزمما الحكم به.

صحيح أن التشویه في ذاته ليس من بين الأسباب الحصرية التي جاءت على ذكرها المادة ١/٥٧ ومع ذلك نرى إمكانية الرقابة على التشویه استناداً لنصوص هذا المشروع فيما لو أصبح قانوناً نافذاً، وذلك للأسباب التالية :

- إذا كان صحيحاً أن الخطأ في تفسير الواقع وتأويلاتها هو مما يدخل في السلطان المطلق لتقدير الحكم، إلا أن التشویه ليس تفسيراً ولا تأويلاً وإنما هو

خروج جهير على المعنى الواضح والصريح الوارد في المستندات.

- إن التشويه الذي يفتح باب الطعن بالبطلان ليس مقصوداً في ذاته ولا يعتد به للقول بالطعن بالبطلان إلا إذا كان ينطوي على نتيجة هي عدم تطبيق الحكم للقانون الذي اختاره الفرقاء. عندئذ لا يبقى الطعن بالبطلان لسبب التشويه خارج الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٧/٦.

(٢) مسألة الوصف القانوني الخاطئ من قبل الحكم الذي يتناوّف عليه عدم

تطبيق القانون الذي اختاره الفرقاء :

إذا أجرى الحكم وصفاً خاطئاً ترتب عليه تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي قصد الفرقاء إلى تطبيقها بتحديدتهم للقانون الواجب التطبيق على الزراع فإن هذا القرار يمكن الطعن عليه بالبطلان، لأنه أخطأ في الوصف في حد ذاته، ولكن لأنه أتى خطأً استتبع تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي يجب تطبيقها وفقاً لاتفاق الفرقاء. هذا الحال تبرره جملة من الأسباب :

- القول بعدم رقابة محكمة الاستئناف في هذه الحالة وهي بسيط النظر في دعوى البطلان، من شأنه أن يؤدي إلى تحرير الحكم من أي رقابة على تفسيره للقانون وتطبيقه له. وهو ما تظهر خطورته البالغة إذا ما رأينا أن القانون الإماراتي ذاته لا يشترط في الحكم أن يكون من ذوي الثقافة القانونية الملمين بأحكام القانون. ومن الواضح أن إعفاء الحكم من الرقابة القضائية على تفسيره للقانون وتطبيقه له على هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلى تحويل التحكيم بالقانون عملاً إلى محكم بالصلاح يقضي فيه الحكم بما يراه دون أن يكون هناك ما يرد قضاه إلى حكم القانون الذي ألم به الطرفان بتطبيق أحكامه.

- إذا كان طرفا التحكيم الصادر فيه الحكم المطعون عليه قد اتفقا على تطبيق

القانون الإماراتي مثلاً على موضوع الزراع، وكان هذا القانون يتضمن إلى جانب القواعد العامة الواجبة التطبيق على كافة العقود قواعد تخص فصائل العقود المختلفة المعروفة باسم العقود المسماة. فإن الحكم المطعون فيه يكون قد استبعد القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه على موضوع الزراع، إذا ما تبين أنه قد وضع العقد المبرم بين الطرفين في فصيلة غير الفصيلة التي ينتمي إليها في الحقيقة والواقع، وأنه قد ترتب على هذا المسلك استبعاد تطبيق القواعد القانونية التي وضعها هذا القانون للفصيلة التي يندرج تحتها العقد. وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة ٤١ من مشروع القانون الإتحادي لسنة ٢٠٠٦ بقولها "على هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع الزراع أن تراعي شروط العقد محل الزراع والأعراف الجارية في نوع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين". فهذا النص الأخير يلزم المحكم بتطبيق الأعراف الجارية في موضوع المنازعة على وجه التخصيص. والأعراف ما هي إلا مصدر من مصادر القواعد القانونية مثلها في ذلك مثل غيرها من مصادر القواعد القانونية. ومن ثم فإن إلزام الحكم بتطبيق الأعراف الجارية في موضوع المنازعة على وجه التخصيص، أيًّا ما كان مصدر هذه القواعد.

- وفي هذا المقام، أوضح الدكتور عبدالحميد الأحبابي في مؤلفه (التحكيم في البلاد العربية - الجزء الأول - دار المعارف - ص ٧٧٦) أن المقصود بالقانون الذي يختاره الفرقاء والذي يتعين على المحكم أن يطبقه، هو "قواعد القانون الموضوعي سواءً أكان قانوناً وضعياً أو غير وضعياً". ثم تساءل بعد ذلك عن حكم الحالات التي يقع فيها خطأ جسيم في تطبيق القانون المختار يعادل في جسامته استبعاد تطبيق هذا القانون فأجاب بأن هذا الخطأ الجسيم في تفسير القانون المختار يساوي استبعاده تماماً "لأن هذا يعتبر استبعاداً غير مباشر لتطبيق ذلك القانون يعادل في أثره

وخطورته استبعاده مباشرة" (وأنظر في نفس المعنى: علي الشلاقاني -تعليق علي مسألتين ناشئتين عن قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - مقال باللغة الإنجليزية في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الرابع، القسم الإنجليزي، ص ١٨ وما بعدها).

- وهذا أيضاً ما فهمه القضاء المصري حق الفهم عند فصله في الطعون ذات العلاقة التي أتيح له الفصل فيها. ويكفي أن نشير في هذا المقام إلى حكم محكمة استئناف القاهرة في قضية كروماليو الشهيرة الصادر في ١٩٩٥/١٢/٥، ففي هذه القضية كان التحكيم يتعلق بعقد تموين عسكري مبرم مع شركة كروماليو الأمريكية وكان التحكيم يجري في مصر، كما كان موضوع التزاع خاصعاً للقانون المصري. وقد استجابت هيئة التحكيم لطلب التعويض المقدم من شركة كروماليو، مطبقة أحكام القانون المدني المصري، علي الرغم من كون العقد عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون الإداري المصري. ولما طعنت الحكومة المصرية علي الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة قضت المحكمة ببطلانه، وعلى الرغم من كون التحكيم تحكيمًا دولياً، مستندة في ذلك إلى المادة ٥٣/٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التي تجيز إبطال حكم التحكيم "إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف علي تطبيقه علي موضوع التزاع". وفي ذلك قالت المحكمة "إذا اتفق في القضية علي أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري، فإن المقصود هو القانون الإداري المصري، ولذلك فإنه إذا أعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري فإنه يكون قد استبعد القانون المنافق عليه في العقد علي إعمال أحكامه".

وهكذا فقد تولت المحكمة مراقبة التكيف الذي خلعه حكم التحكيم علي العقد

الناشئ عنه التزاع. وإن وجدت أنه لم يلزم الوصف الصحيح الذي يؤدي إلى خصوصه للقانون الإداري المصري، قامت بإبطاله تأسيساً على مجرد أن الوصف الصحيح للعقد هو أنه عقد إداري يخضع لأحكام القانون الإداري المصري، وأن الحكم المطعون عليه لم يطبق أحكام هذا القانون الأخير، على الرغم من أنه قد طبق عليه قواعد القانون المدني المصري.

(٣) الاستبعاد الجزئي للقانون الذي اختاره الفرقاء بسبب تطبيق قواعد البوليس

التي ليست جزءاً من القانون المختار :

لقد أجازت المادة ٥٧/١٤ من مشروع قانون التحكيم الإتحادي لسنة ٢٠٠٦ إبطال حكم المحكمين إذا استبعد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع التزاع.

وقد يتبدّل إلى الذهن أنه لا يجوز للمحكّمين إعمال قواعد البوليس التي تنتهي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الاتفاق على تطبيق قانونها على أساس أن هذا التطبيق سيتضمن بالضرورة استبعاداً جزئياً لقانون العقد ما يعرض حكمهم للبطلان. فلماً أي مدى يستقيم هذا التصور؟

لاشك أن مثل هذا التصور - إن قيل به - لا يخلو من خطر بالنسبة للطرف الضعيف في التعاقد الذي تسعى قواعد الأمن المدني أو البوليس إلى حمايته، كما هو الحال في عقد العمل. كما قد تظهر هذه الخطورة في مجال عقود الدولة التي أباح مشروع القانون الجديد إسنادها لقانون الإرادة.

ولتلافي مثل هذه النتيجة نرى أنه يتعين تفسير المادة ٥٧/١٤ في ضوء ما استقر عليه الراجح في القضاء التحكيمي من إطلاق سلطان هيئة التحكيم والسماح لها بتطبيق قوانين البوليس ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء شريطة ألا

يترتب على هذا التطبيق مفاجأة للمتعاقدين. ومن ثم فكلما كان هؤلاء يتوقعون إعمال قاعدة الأمن المدني، أو يفترض فيهم ذلك، كان علي هيئة التحكيم إعمالها ولو ترتب على هذا التطبيق استبعاد القانون المختار استبعاداً جزئياً. دون أن يكون في ذلك أدنى مخالفة لنص المادة ٥٧/١٦ السابقة ذكرها.